

PROCURADORIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER

L/C - 2024

Processo 2476/2024

Assunto: Inexigibilidade de Licitação

Interessada: SEMTUR - Aracruz/ES

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE BANDA DE RENOME. EMPRESÁRIO EXCLUSIVO. INEXIGIBILIDADE. ART. 74, II DA LEI 14.133/21. CONSIDERAÇÕES.

1 – RELATÓRIO.

Trata-se de processo em que a Secretaria de Turismo e Cultura deste Município requer análise e Parecer Jurídico sobre o interesse em contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da banda NEON, por meio de sua empresa exclusiva, Requisição de Serviço 49/24-, para apresentação de 1 (UM) show com duração mínima de 2 (duas) horas - EVENTO "VERÃO 2024"

Deve constar nos autos: RC 49/24, Termo de Referência elaborado pela autoridade competente, Justificativa de conveniência e economicidade, justificativa para composição de preço, declaração de veracidade, proposta orçamentária do artista, documentos da empresa, certidões e declaração, comprovantes de outros contratos de prestação de serviços, "CONTRATO" de exclusividade em cópia com comprovante de protocolo no cartório.

Com relação à habilitação, devem vir aos autos: CNPJ da empresa, certidão negativa / regularidade FGTS, trabalhista, fiscal (federal, estadual, municipal, certidão do Município de Aracruz/ES e do Município de localização/sede da Empresa a ser contratada), do Poder Judiciário – (recuperação judicial/falência), alvará de licença, as declarações legais; Todas devidamente atualizadas, sendo pendência a ser sanada previamente. E mais, encartes demonstrando sua participação em outros eventos, minuta de contrato, **Ratificação de Inexigibilidade, Autorização de reserva / empenho e saldo suficiente – indicação de Dotação Orçamentária, e a autorização do COMAFO - Aracruz/ES (AUSENTE).**

Ainda, em complementação, nos últimos dias temos visto a recorrente intervenção do Ministério Público e do Poder Judiciário nas contratações de artistas por diversos Municípios, suscitando, em suma, a não verificação do interesse público em contrapartida à proteção do erário. Assim, por zelo, sugere-se ao gestor ratificar/reanalizar o interesse público na contratação diante do cenário de calamidade social enfrentado por todas as unidades federativas em momentos atuais.



Ainda, importante destacar que o TCU tem vislumbrado inconvenientes à contratação onde o prazo de término do processo não seja adequado a apta divulgação do show, não alcançando assim os objetivos pretendidos. No caso, o processo foi encaminhado nesta data (19/01) com previsão do show para o dia 03/02. Sendo que cabe a secretaria atestar que se cumprirá os preceitos acima destacados, posto que tal obstáculo é óbice a contratação

É o breve relatório.

2 – ANÁLISE JURÍDICA.

Preliminarmente, deve-se salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe. A esta Procuradoria incumbe prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa, como a conveniência da contratação.

No que tange ao controle interno, de atribuição da Secretaria requisitante, constatamos que o processo encontra-se autuado, protocolizado, Termo de Referência com a justificativa da autoridade competente para a realização da contratação (item 3), indicação do seu objeto (item 2 do TR), indicação de dotação orçamentária para a respectiva despesa (item 5), em conformidade com a lei, com as ressalvas já postas acima.

A contratação de shows artísticos difere de demais forma de contratação, devendo ser realizada na forma do artigo 74, II da Lei nº 14.133/21, que reconhece a inexigibilidade “ contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública” redação quase que idêntica ao da lei revogada (8666)

Diante da realidade, a própria Lei de Licitação se preocupou prevendo a contratação de artistas sem a realização de certame licitatório, já que a contratação leva em conta a qualidade dos serviços artísticos, e não o preço em si, que a avaliação é de competência do gestor.

Tanto é que a Lei 14.133/21, em seu art. 74, II, repete a lei anterior e estabeleceu três requisitos: a contratação direta ou por empresário exclusivo, singularidade da expressão artística somada à consagração pela opinião pública ou pela crítica especializada.

Para melhor compreensão sobre o tema, que se aproveita ao caso em apreço, vejamos o entendimento consagrado pelo doutrinador Joel de Menezes Niebuhr comentando a lei 8666, mas plenamente aplicável ao texto da lei nova:

A contratação de serviços artísticos revela outra hipótese que enseja a inexigibilidade de licitação pública, haja vista que, sob determinadas condicionantes, torna inviável a competição, mormente tomando-se em conta que o critério para comparar os possíveis licitantes é a criatividade, portanto, de fio a pavio, subjetivo. A arte não é ciência, não segue métodos, não é objetiva. (...) Dessa maneira – é imperativo ressaltar em virtude de ser muito frequente a confusão – **a inexigibilidade para contratação de serviços artísticos não depende da inexistência de outros artistas que também possam prestar o serviço. Aliás, pode e costuma haver**



vários artistas capazes e habilitados, mas, mesmo assim, inexigível é a licitação pública, em tributo à singularidade de expressão artística. (negrito acrescido)

No mesmo sentido é o escólio do professor José dos Santos Carvalho Filho, que leciona:

A inexigibilidade de licitação se apresenta em face de certas situações que, por sua natureza, não viabilizam o regime de competição. Uma dessas situações é a contratação de profissionais do setor artístico, quando consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública (art. 25, III). Na verdade, a arte é personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores de avaliação. A administração, na hipótese, pode firmar diretamente o contrato. A lei ressalva, todavia, que deva o artista ser consagrado pela crítica ou pela opinião pública. Entendemos que **a consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e espaço. Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados.** Nem por isso deverá ele ser alijado de eventual contratação. A nosso sentir, quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a *consagração*. (negrito e sublinhado acrescidos)

Desta maneira, é imperativo ressaltar em virtude de ser muito frequente a confusão, a inexigibilidade para a contratação de serviços artísticos não depende da inexistência de outros artistas que também possam prestar o serviço. Aliás, pode e costuma haver vários artistas capazes e habilitados, mas, mesmo assim, inexigível é a licitação pública, em tributo à singularidade da expressão artística.

Com relação à contratação em si, esta há de ser realizada por meio de **empresário exclusivo** ou **diretamente**, conforme preceitua o art. 74, II, comentado acima. O processo apresenta o documento de fls. 66/67 que tem a forma comumente utilizada para os contratos, com seu prazo definido e com algumas condições (territorialidade) **sendo possível verificar o protocolo de registro FLS.67**

Nesse ponto lei foi até mas branda ao destacar:

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico

Assim, o indicado é que o documento de exclusividade seja mais próximo de um contrato do que de um termo de autorização. O **documento delineia a territorialidade e a exclusividade, e algumas obrigações das partes, atendendo ao fim que o Tribunal de Contas e a lei exigem, qual seja, afastar a representação esporádica ou pontual (aventureira).**



O contrato de prestação de serviços deve estar registrado em cartório, como exige o TCU (Acórdão 96/2008, Plenário e ainda o ACÓRDÃO 3991/2023 - SEGUNDA CÂMARA do TCU) e estar autenticado ou com ateste de autenticidade, ASSIM COMO O CONTRATO SOCIAL E A ÚLTIMA ALTERAÇÃO. Sendo MEI, não há contrato social, no entanto o requerimento de empresário individual deve ser apresentado em cópia autenticada.

A **justificativa de contratação** baseia-se notadamente na PROGRAMAÇÃO DO EVENTO "VERÃO 2024".

A **justificativa da escolha do contratado** deve apontar as razões do convencimento do agente público. Tal justificativa é constante no Termo de Referência.

Quanto à **singularidade da expressão artística**, e mais especificamente ao requisito da consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública, trata-se do requisito mais difícil de se constatar, pois muito subjetivo. A autoridade gestora, a quem cabe a escolha dos shows, atesta tal requisito por escrito – fls. Para buscar tornar viável, consta do caderno processual recortes de propagandas e agenda demonstrando a participação da banda em outros eventos, indicando tratar-se de bom conceito e aceitação popular. Jacoby explica:

Não se pode confundir expressões distintas atinentes à mera qualificação profissional, como frequência a conservatórios de música, à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Aqui, **só a fama e a notoriedade do artista permitem a contratação direta.**

Vencidos esses requisitos, o processo deve ser instruído com alguns outros documentos que destaquem a **razão da escolha do fornecedor ou executante e justificativa do preço.**

E com relação ao preço, ressalvado o já pontuado, há JUSTIFICATIVA, de responsabilidade do gestor, de que o preço orçado (seja R\$ 25.000,00 por show) está compatível com o preço cobrado em outros shows, embora seja imprescindível juntar Contratos/Notas Fiscais com outros entes públicos/eventos privados e celebrados em momentos mais recentes, sendo pendências a serem sanadas previamente pela Secretaria de Município consulente, bem como instar a se manter o valor mais econômico a administração.

Obrigatoriedade de apresentar 3 notas fiscais: para comprovar o valor de mercado do cachê. As três notas precisam ser recentes, de até 12 meses.

Juntar Autorização de Despesa, as Autorizações de Reserva/Empenho e do COMAFO – Aracruz/ES, sendo pendências a serem sanadas previamente pela Secretaria de Município consulente.

Com relação à Minuta do Contrato, acostada aos autos, faz-se necessária a observação de todas as disposições trazidas pelos Arts. 89 e ss, em especial o artigo 92 da Lei 14.133/21. Em análise, verificamos que devem ser acrescentados os casos de rescisão, inclusive os direitos da Administração, na hipótese de rescisão administrativa:



Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;

III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;

IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;

VII - os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;

VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

IX - a matriz de risco, quando for o caso;

X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;

XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;

XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;

XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;

XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;

XV - as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;

XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;

XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;

XIX - os casos de extinção.

Necessária se faz também, caso ausente, a inclusão, de forma especificada, na referida Minuta Contratual, das obrigações/despesas a serem suportadas pela Contratada descritas na proposta, bem como aquelas atinentes aos Direitos Autorais (PAGAMENTO DO ECAD).

3 – CONCLUSÃO.

Salienta-se, por fim, que a análise desta Procuradoria restringe-se aos aspectos jurídicos, não compreendendo aspectos técnicos e de conveniência e oportunidade. Ressalto que a conveniência e oportunidade das decisões, não foram objetos de análise por não se relacionarem aos aspectos da legalidade jurídica. A manifestação jurídica é meramente opinativa, cabendo ao gestor avaliar as questões de ordem técnico-administrativas.



Sem prejuízo do já destacado no início, destacam-se as seguintes correções sugeridas:

- apresentar certidões negativas atualizadas (acaso vencidas) no ato da contratação, bem como aquelas faltantes – nos moldes explicitados neste Parecer;
- demonstrar a existência de saldo orçamentário suficiente para cobrir a despesa;
- contrato de exclusividade, contrato social e última alteração da empresa autenticadas ou com ateste de autenticidade, com comprovação de registro, no caso de MEI, apresentar o requerimento de empresário;
- comprovante de realização de shows em outros Municípios;
- autorização do COMAFO.
- APRESENTAÇÃO DA RC/RS
- justificar o interesse público, notadamente em razão do tempo para a divulgação do show;
- ATUALIZAR AS DECLARAÇÕES DE FOLHAS 49 E 50.

Cumpridas as recomendações acima, deverá a autoridade competente ratificar e publicar na imprensa oficial o ato que declarou a licitação inexigível.

Ante o exposto, em tese, seria possível a contratação por inexigibilidade, após atendidas as sugestões acima, (mas a decisão pela contratação ou não cabe ao ordenador de despesas), notadamente em razão do prazo exíguo.

Em se mantendo o interesse público na propensa contratação, fica como sugestão que a contratação de shows para eventos no Município possa observar, o que não aconteceu no presente caso, maior precedência, a fim de alcançar o intento do interesse público, qual seja, a divulgação para fins turísticos - “promover, divulgar e vender” o Município para quem não seja munícipe, como destino turístico.

Estas são as considerações a serem apresentadas, sem embargos de posicionamentos divergentes, os quais respeitamos, lembrando que a decisão administrativa, a escolha do artista e a justificativa são de responsabilidade da autoridade emitente e contraente.

É o parecer.

Aracruz-ES, 17 de janeiro de 2024.

MOISES SASSINE EL ZOGHBI
Procurador Municipal
OAB/ES 9.279



PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi assinado eletronicamente e pode ser acessado no endereço <https://aracruz.prefeiturasempapel.com.br/autenticidade> utilizando o identificador 3300390034003100340031003A00540052004100

Assinado eletronicamente por **MOISES SASSINE EL ZOGHBI** em **19/01/2024 15:15**

Checksum: **8080F53AF48918A45212B96549483D6A97F93ED6B8100E115941C5990A18991F**



Autenticar documento em <https://aracruz.prefeiturasempapel.com.br/autenticidade> com o identificador 3300390034003100340031003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme art. 4º, II da Lei 14.063/2020.